

**A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO COMBATE A COVID-19
E AS CONTROVÉRSIAS NA APLICAÇÃO DA TEORIA DO GARANTISMO PENAL DE FERRAJOLI**

**THE SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST TO COMBAT THE SPREAD OF THE COVID-19
AND THE CONTROVERSIES IN THE APPLICATION OF FERRAJOLI'S GUARANTEES PENAL THEORY**

Rubén Miranda Gonçalves¹
Naor Ribeiro de Macedo Neto²
Sarah Gonçalves Ribeiro³

Ao editor (participação na redação do trabalho)⁴

RESUMO

O presente artigo destina-se a estudar hermenêutica da ciência social, que fundamenta os direitos básicos previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988, e busca compreender as controvérsias das argumentações doutrinárias que se intensificaram no Brasil diante do combate a pandemia da Covid-19. Nesse intento, resolveu-se partir da análise da teoria do garantismo penal de Ferrajoli, na finalidade de analisar concepções dos princípios fundamentais que sustentam a sociedade (gênese do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado). Para isso, utilizam-se o método de abordagem comparativa, e históricas por análise de dados bibliográficos, buscando constatar se os pensamentos reducionistas podem causar insegurança jurídica no Brasil.

Palavras-Chave: Covid-19; princípios fundamentais; garantismo de Ferrajoli.

¹Professor e Diretor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidad Internacional de La Rioja. Doutor em Direito, Mestre em Direito e Licenciado em Direito, com grau (sobressaliente) pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Pós-doutorando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-8492-6104> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3762611702021749> E-mail: ruben.mirandagoncalves@unir.net

²Doutorando em Direito Civil pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Juiz substituto do 2º grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR). ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0002-1968-5076> E-mail: naormacedo@uol.com.br

³Cursando especialização de Direito na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná e em Direito Médico na Universidade Curitiba. Graduada em Direito na Universidade positivo. Cursando bacharelado em filosofia na faculdade Claretiano. ORCID Id: <https://orcid.org/0000-0001-5573-2506> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1023020248431150> E-mail: ribeirogsarah@gmail.com

⁴ Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo científico.

ABSTRACT

The present scientific work aims to study the hermeneutics of social science, which underlies the basic rights provided in the Constitution of the Federative Republic of Brazil (1988), and seeks to understand the controversies of the doctrinal arguments that have intensified in Brazil to fight against the Covid-19 pandemic. In this sense, it was decided from the analysis of Ferrajoli's theory of penal guarantee, in order to reflect conceptions of the fundamental principles that sustain society (genesis of the supremacy of the public interest over the private principle). For this, was used the comparative methods and historical approach by bibliographic analyzing, to verify if the reductionist thoughts can cause judicial insecurity in Brazil.

Keywords: Covid-19; guarantees of Ferrajoli; fundamental principles.

INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil, discute-se as restrições colocadas pelo Estado para o combate a pandemia da Covid-19, muitos estão questionando a legalidade das medidas tomadas para conter a emergência sanitária em nosso território. Esse estudo visa analisar a constitucionalidade dessas medidas e compreender quais são as dificuldades impostas por teorias como a do garantismo de Ferrajoli e doutrinas alinhadas a esta, à atuação do Estado.

A base desse estudo se dará na compreensão do princípio da intervenção mínima utilizado no Processo Penal, e para isso será feita uma breve análise as raízes dos princípios constitucionais, como o da supremacia do interesse público sobre o privado, previsto implicitamente na Constituição Federal, que é inerente a toda a sociedade e é a condição da sua existência.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, esse princípio "trata-se de um verdadeiro axioma", uma vez que "proclama a superioridade do interesse coletivo firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados"⁵. O artigo 5º da Lei Maior faz diversas referências que tornam evidente a importância desse princípio, como exemplo os dos incisos XXIV e XXV – que prevê a desapropriação da propriedade privada em face do interesse coletivo.

⁵BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 70.

Nota-se que no decorrer do texto da Constituição Federal são destacados os seus princípios fundamentais, o artigo 37, prevê expressamente que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *obedecerá* aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)*"⁶. De mais, há os princípios implícitos: supremacia do interesse público sobre o interesse privado (fundamentado na ideia de Estado); legalidade (arts. 5º, II, 37, *caput* e 84, IV da CRFB) – nessa esteira de fundamentação encontram-se os da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade; motivação (arts. 1º, II e parágrafo único e 5º XXXV da CRFB); impessoalidade (arts. 37, *caput* e 5º *caput* da CRFB); princípio da publicidade (arts. 37, *caput* e 5º XXXIII e XXXIV "b" da CRFB); devido processo legal e da ampla defesa (arts. 5º LIV e LV da CRFB); moralidade administrativa (arts. 37, *caput* e §4º, 85, V e 5º, LXXIII da CRFB); controle judicial dos atos administrativos (art. 5º, XXXV da CRFB); responsabilidade do Estado por atos administrativos (art. 31, §6º da CRFB); eficiência (art. 37, *caput*, da CRFB); segurança jurídica.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello "violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer"⁷. Nota-se que o Estado tem o dever de garantir a ordem e assegurar a vida humana em sociedade⁸.

Com este mesmo entendimento, Hans Kelsen esclarece, no seu livro Teoria Geral do Direito e do Estado, o equilíbrio que se deriva da hierarquia das normas no Direito, a conhecida "pirâmide de Kelsen" é, portanto, um sistema de normas, em que a Constituição Federal encontra-se no vértice (topo), por ser a que fundamenta as demais do sistema, segundo ele "a norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior"⁹.

Para Kelsen, a relação entre o Direito e o Estado é feita por analogia entre o Direito e a pessoa. Ele explica que o Estado cria o direito, e é regulado por ele, ao dizer que "o Direito positivo surge empiricamente na forma de ordens jurídicas nacionais relacionadas entre si por uma ordem jurídica internacional. Não existe nenhum Direito absoluto; existem apenas vários sistemas de normas jurídicas

⁶O *princípio da legalidade* é um princípio específico do Estado de Direito, é a submissão do Estado e consequentemente dos sujeitos eleitos ou concursados, à lei. É basicamente a compreensão que os governantes nada mais são do que representantes da sociedade, e devem, obrigatoriamente, respeitar a legislação brasileira; o *princípio da impessoalidade* que fala que a Administração deve tratar a todos de forma igual e não deve haver favoritismo ou perseguições; o *princípio da publicidade* fala que a Administração deve manter a plena transparência e que ocultações são contrárias ao Estado Democrático de Direito; *princípio da moralidade* que traduz que a Administração devem atuar em conformidade com os princípios éticos; *princípio da eficiência* (ou boa administração) que traduz uma ideia óbvia e pouco respeitada, que é o pilar da Administração e o Estado Democrático de Direito, ou seja, os Administrados ao escolherem fazer parte da Administração Pública deverão cumprir com a sua função.

⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 47.

⁸MARTINS, Sergio Martins. *Instituições de Direito Público e Privado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 51.

⁹KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 181.

– o Direito inglês, o francês, o americano, o mexicano, e assim por diante – cujas esferas de validação são limitadas de modos característicos; e junto a isso, um complexo de normas às quais nos referimos como Direito internacional. Para definir o Direito, não é suficiente explicar a diferença a diferença entre as chamadas normas jurídicas e as outras normas que regulam a conduta humana. Devemos também apontar qual é a natureza específica desses sistemas de normas que são manifestações empíricas do Direito positivo, como eles estão delimitados e como se inter-relacionam. Esse é o problema que o Estado como fenômeno jurídico apresenta e que a teoria do Estado, na condição de ramo da teoria do Direito, tem como tarefa de resolver^{10, 11}.

No Brasil usa-se a dicotomia entre o Direito público e o privado. O princípio fundante do interesse público sobre o privado posiciona o Direito Público como sendo fundamental para a sobrevivência da sociedade. O Direito Público possui inúmeras divisões¹² e nelas se encontra subdividido o Direito e o Processo Penal. Sabe-se que o Direito Penal e o Processo Penal são complementares¹³, uma vez que o artigo 5º, XXXIX, da CRFB (cláusula pétrea) dispõe que "*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*" e nessa esteira caminha também o princípio da legalidade. Essa complementariedade entre eles (Direito e Processo Penal) ocorre na estrutura básica e constitucional das normas do direito penal que preveem que há um conjunto de normas que aplicam e executam¹⁴ as sanções, que possuem sustentação constitucional pelos princípios da legalidade, motivação, moralidade administrativa, responsabilidade do Estado por atos administrativos, entre outros.

¹⁰KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 261.

¹¹O *direito positivo* é o temo utilizado ao conjunto de princípios e regras que regulam a vida social de determinado povo em determinada época; A *Teoria do Estado* é a ciência que investiga e expõe os princípios fundamentais de uma sociedade política conhecida como Estado, como: a sua origem, forma, estrutura, finalidade, evolução.

¹²O *Direito Público* é dividido nos direitos: Constitucional, Econômico, Administrativo, Penal, Financeiro, Tributário, Processual (Civil, Penal e Trabalhista) da Seguridade Social (Previdência Social, Assistência Social, Saúde). O *Direito Privado*, por sua vez, é dividido em entre os direitos Civil, Comercial e do Trabalho.

¹³O Direito Processual Penal é um conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação do Direito Penal, uma vez que há introduzido no Código Penal aplicações ao Processo Penal – artigos 100 e 106 – assim, o poder punitivo apenas poderá ser exercido quando amplamente formalizado. Apesar de haver uma complementariedade entre o processo e o direito penal, não cabe falar que há subordinação da esfera formal e material, pois o processo penal possui autonomia sendo dessa forma um instrumento do Direito Penal e ambos são subordinados a Constituição Federal.

¹⁴A polícia judiciária investiga um crime sujeitando-se às regras do Código de Processo Penal que consagra o inquérito policial e a produção de provas, com a conclusão do inquérito é encaminhada a Vara Criminal e caberá ao Promotor de Justiça oferecer a denúncia, também respeitando o CPP, caso haja condenação com pena restritiva de liberdade o condenado é encaminhado a penitenciária regulamentada pela Lei de Execução Penal. (LEP). Percebe-se as três instituições do Sistema Penal: a instituição de polícia; a instituição judiciária; a instituição penitenciária. In: BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p.25.

Fazendo coro com esse entendimento, Zaffaroni diz que punição é "ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal"¹⁵. Ou seja, Zaffaroni compreende que o Direito Penal e o Processo Penal apesar de serem distintos eles se complementam. Este entendimento também está previsto na Constituição Federal do Brasil.

O presente artigo busca apresentar uma análise crítica ao garantismo de Ferrajoli, contextualizado com as medidas para o combate a pandemia da Covid-19, abordando as discussões de alguns doutrinadores brasileiros. Respondendo a algumas questões como: quais são os limites da intervenção do Estado para o combate a pandemia da Covid-19 no Brasil? Quais são as divergências entre as doutrinas brasileiras que seguem o garantismo do Luigi Ferrajoli e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado? Qual é a função do Estado garantidor, amparado e limitado pela Constituição Federal brasileira, face as medidas tomadas para o Combate a Covid-19? As discussões radicais retardam o desenvolvimento do Direito no Brasil?

A base desse artigo se dará na hermenêutica da ciência social, que fundamenta os direitos básicos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, e busca compreender a gravidade de certas argumentações doutrinárias, que, em última análise, levam a uma certa insegurança jurídica. Essa problemática pode ser vista na obra de Lon L. Fuller, *O Caso dos Exploradores de Caverna*¹⁶, que descreve a diferença de interpretação no Direito e que, por vezes, elas podem ser equivocadas, por isso, como Lenio Streck ressalta, não se pode permitir interpretações da lei na sua literalidade. Assim também deve-se entender tomadas as medidas no combate a crise sanitária e a Covid-19, como menciona Streck "aplica-se o Direito por princípio e não por política. Vidas não podem ser hierarquizadas! E, atenção: legalidade extraordinária não justifica solapar o texto da Constituição Federal!".

1. Os direitos humanos: atuação do Estado brasileiro frente ao combate à Covid-19

O primeiro documento (registrado) que concedeu o direito à liberdade das pessoas foi a Magna Carta da Inglaterra, que foi outorgada por João Sem Terra em 1215 que dizia que "nenhum homem livre deve ser detido ou aprisionado, ou despojado de seus direitos e posses, ou posto fora da lei ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem se usará a força contra ele, ou

¹⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 66.

¹⁶FULLER, Lon L. *O Caso dos Exploradores de Caverna*. São Paulo: Editora Emediato, 2018.

mandar-se-á que outros o façam, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei do país"¹⁷. Percebe-se que apesar de se tornar um direito fundamental, a liberdade pessoal não era absoluta uma vez que era submetida aos termos redigidos em lei (que previa pena restritiva de liberdade).

No final do séc. XVIII, o filósofo Jaques Rousseau defendeu o direito de liberdade através do contrato social, afirmou que a liberdade deveria ser natural no homem e deveria ser preservada a sua segurança e bem-estar. Na sua obra "Do Contrato Social", capítulo VII (do soberano) diz que, "o ato de associação encerra um compromisso recíproco do público com os indivíduos, e que cada indivíduo, ou parte contratante, por assim dizer, consigo mesmo, se encontra comprometido em uma dupla relação; a saber, como membro soberano em relação aos indivíduos, e como membro do Estado em relação ao soberano. (...) a fim de que o pacto social não seja uma fórmula vã, encerra tacitamente esse compromisso que unicamente pode dar força aos outros; quem se recusar a obedecer à vontade geral será limitado por todo o corpo; isso não significa senão que será forçado a ser livre; pois tal é a condição que dá cada cidadão à pátria, e o garante contra toda dependência pessoal; condição que cria o artifício e o jogo da máquina política, e que somente torna legítimos os compromissos civis, os quais, sem ela, seriam absurdos, tirânicos e estariam sujeitos aos maiores abusos"¹⁸.

Nota-se que Rousseau apresentou em sua obra a liberdade e a propriedade como essenciais e também correlatas ao contrato social, defendendo que a ideia de Estado democrático se dava na igualdade de condições a todos, ou seja, garantias sociais ao povo. Em contraste, Thomas Hobbes coloca que o homem é naturalmente mau e essa característica, caso não seja limitada pelo Estado, iria desencadear insegurança à sociedade. Nota-se que Hobbes também defendeu a liberdade como direito humano. Na sua obra *Leviatã*, Hobbes diz que, "o poder soberano pode ser adquirido de duas formas. Uma, pela força natural, como quando um homem obriga seus filhos a se submeterem e a submeterem seus próprios filhos a sua autoridade, sendo capaz de destruí-los em caso de recusa; ou, ainda, como quando um homem poupa, durante a guerra, a vida dos seus inimigos desde que se sujeitem a sua vontade. A outra forma é quando os homens concordam entre si em se submeterem voluntariamente a um homem, ou a uma assembleia de homens, esperando serem protegidos contra todos os outros"¹⁹.

¹⁷ "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land." In: British Library. *Magna carta 1215*. Disponível em: <https://www.bl.uk/learning/timeline/item95692.html>. Acesso em: 19 de abril de 2020.

¹⁸ROUSSEAU, Jean-Facques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Editora Martim Claret, 2013, pp. 29-30.

¹⁹HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009, p. 142.

Pensadores como estes, além do exemplo decorrente da Revolução Americana e de sua magna carta, formaram a base humanística sobre a qual os revolucionários de 1789 fizeram, na França, uma revolução na qual o homem, o indivíduo, fosse finalmente considerado como detentor de direitos a serem respeitados pelo Estado e este, o Estado, uma associação existente para garantir condições ao indivíduo de exercer direitos e deveres em igualdade com os seus iguais.

A história nos conta das dificuldades que a humanidade enfrentou para consolidar este entendimento. O epílogo da Revolução Francesa, as inúmeras guerras europeias entre os séculos XVI e XIX, que nada mais foram que discórdias entre nobres absolutistas à revelia de seus súditos, culminadas pelos episódios do século XX, o de 1914, levado a termo como fruto de questões mal resolvidas no século anterior; o de 1939 a mais mortal de todas as guerras, na qual Estados entregaram suas populações a um absurdo extermínio, mostrando o desrespeito ao indivíduo de forma extrema, nos seus direitos à vida, à opinião, à religião, num período no qual o humanismo e a consciência de direitos individuais já eram de domínio de todas as classes da população, principalmente na Europa, onde a escolaridade era praticamente universal. Não há indivíduo consciente de seu valor como unidade de um coletivo, e sem a unidade não existe o coletivo, que não se horrorize com a imagem de um forno de Auschwitz. A tragédia fez que um sucedâneo da Liga das Nações de Truman, a ONU, fosse criada e dela emanasse a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada no dia 10 de dezembro de 1948, previu no seu preâmbulo que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”²⁰. Aqui convém lembrar que não há novidades consideráveis entre estas colocações e o pensamento de Rousseau, e se quisermos ampliar nossa analogia, com o pensamento cristão: “este é o meu mandamento: amai-vos uns aos outros, assim como eu vos amei.” (JO 15,12-17).

Encontra-se na Carta Magna brasileira premissas advindas desta evolução do pensamento humano, o Estado de Direito e a democracia moderna do contrato social de Rousseau encontram-se previstos no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 quando diz que, “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”²¹. Também há a previsão de diversas normas com base

²⁰Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2020.

²¹Senado Federal. *Constituição Federal – Preâmbulo*. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/preambulo.asp>. Acesso em: 19 de abril de 2020.

principiológica iluminista, como os direitos e garantias fundamentais previstos no seu artigo 5º, ou ainda os princípios democráticos previstos no seu artigo 1º, não sendo menos importante o artigo 2º, que prevê a divisão tripartite dos poderes, advinda do pensamento de Montesquieu. Assim a nossa Constituição possui ligação com o bem-estar do indivíduo e a justiça como valores supremos.

Com isso, nota-se que o Estado brasileiro firmou um contrato com o seu povo ao outorgar a Constituição de 1988, pactuando com a nação direitos e deveres que devem ser alinhados com o texto maior, a lei máxima, a Constituição da República Federativa do Brasil. As normas constitucionais preveem que a saúde pública é um direito do seu povo, expressamente nos seus artigos 6º e 196 ao colocar que; “são direitos sociais (...) a saúde” e “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Dessa forma compreende-se que o maior bem jurídico previsto e defendido pela Constituição brasileira é a vida. E é dever do Estado destinar de forma adequada o dinheiro destinado a saúde e demais responsabilidades estatais para proteger o seu povo. A saúde é considerada um direito inerente ao ser humano e assim, também a vida com dignidade, como está prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, “a dignidade da pessoa humana”, o que a converte em um dos pilares do Estado democrático e de direito²².

Num cenário de pandemia, como o da Covid-19, é dever do Estado garantir ao povo, através do Sistema Único de Saúde (SUS), os meios adequados ao seu combate e para reduzir os impactos de mortalidade e morbidade. Compreende-se que a medicina não pode ser considerada uma ciência exata, ou seja, não cabe responsabilizar o profissional da saúde pelo resultado, porém deve haver meios adequados e suficientes para o atendimento aos que necessitarem. Em outras palavras, deve haver material suficiente (como respiradores, máscaras, etc.) para tentar atender a necessidade de todos.

O dever de atender à população está previsto no artigo 15, inciso XIII, da Lei nº 8.080 de 1990, que diz que é dever da União, dos Estados, Distrito Federal e dos municípios, exercer em âmbito administrativo atribuição “para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização”. Ou seja, além

²²GONÇALVES, Rubén Miranda. “La dignidad de la persona humana. Breve estudio comparado desde el derecho público”, *A dignidade da pessoa humana: entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 251.

de garantir a saúde há também um dever do Estado de se organizar administrativamente para que haja suficiente material para atender a saúde de todos os cidadãos.

O risco da pandemia foi previsto há mais de 5 anos pelo empresário Bill Gates, que afirmou em palestra para a TED Talk, "O próximo surto? Não estamos preparados", onde afirmou que temia que a próxima catástrofe global não seria ocasionada por uma guerra atômica, mas sim por um vírus letal. Essa previsão também foi feita pelo então presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, em meados de 2014, que buscou fortalecer o sistema de saúde dizendo que "para lidar com isso de forma eficaz precisamos de criar infraestruturas, a nível mundial, que nos permitam identificar rapidamente o problema, isolá-lo e dar uma resposta rápida"²³, e reforçou esta necessidade ao seu sucessor, em cerimônia pública.

O primeiro registro da Covid-19 foi feito na China, no dia 31 de dezembro de 2019²⁴. No dia 29 de janeiro de 2020, o diretor da Organização Mundial da Saúde, (OMS) Tedros Ghebreyesus, confirmou diagnósticos da Covid-19, doença causada pelo coronavírus, na América do Norte, Europa e Austrália²⁵ e sugeriu que as autoridades nacionais "revisem as ações consideradas em resposta à disseminação do SARS-CoV em 2003, adaptando-as e adotando àquelas ações proporcionais ao risco atual"²⁶.

No dia 06 de fevereiro de 2020, publicou-se em Diário Oficial as primeiras "medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, responsável pelo surto de 2019". Em poucos dias o Estado de São Paulo, por meio do seu governador, declarou estado de emergência, essa decisão acompanhou o entendimento das maiores autoridades sanitárias no mundo e assim o fizeram alguns governadores brasileiros na medida em que o vírus foi se proliferando.

²³BAPTISTA, João Cristóvão. *Barack Obama antecipou uma pandemia semelhante à Covid-19?* New in Town, 19/04/20. Disponível em: <https://nit.pt/fit/saude/barack-obama-antecipou-pandemia-semelhante-covid-19>. Acesso em: 19 de abril de 2020.

²⁴Ministério da Saúde. *O que é coronavírus? (COVID-19)* Ministério da Saúde. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

²⁵Organização das Nações Unidas. *Região do Golfo tem primeiro caso coronavírus; China registra mais de 6 mil.* 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/regiao-do-golfo-tem-primeiro-caso-de-coronavirus-china-registra-mais-de-6-mil/> Acesso em: 02 de abril de 2020.

²⁶Organização das Nações Unidas. *OPAS emite alerta epidemiológico para as Américas sobre novo coronavírus.* 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/opas-emite-alerta-epidemiologico-para-as-americas-sobre-coronavirus/> Acesso em: 02 de abril de 2020.

2. A Constituição da República de 1988 e o entendimento normativo e jurisprudencial para o combate a pandemia da Covid-19

A Constituição Federal brasileira de 1988 prevê, no seu artigo 196, que a saúde é um dever do Estado e um direito a todas as pessoas. Complementando esse entendimento o artigo 2º da lei 8.088 de 1990²⁷ prevê que "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício".

Cabe lembrar que a norma Constitucional é regulamentada pela lei 8.080 de 1990, que está em vigor, e dispõe em seu artigo 1º que ela "regula em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado". Nesta mesma lei, no seu artigo 15, inciso XIII, há a previsão da maneira como o Estado deve atuar frente a um estado de emergência sanitário ao dizer que, "para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização".

Percebe-se que o Estado se responsabiliza a fornecer à nação brasileira uma saúde digna e também a todos, sem impor preconceito, tampouco preferência no atendimento. Dessa forma, a lei 8.088 de 1990 destacou no seu Capítulo I do Título II, (dos objetivos e atribuições) que versa sobre o Sistema Único de Saúde, nos artigos 5º, inciso III e 6º, inciso I, alínea B, que é objetivo do SUS prestar "assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas", e que está incluída no campo de atuação do SUS a execução de "vigilância epidemiológica". Ou seja, a lei brasileira prevê que a vigilância e medidas preventivas sobre o risco de epidemias é função do Estado, devendo a atuação ocorrer assim que houver um alerta da OMS, da qual o Brasil é Estado Parte.

A lei 6.259 de 1975²⁸, em vigor, que "dispõe sobre a organização das ações de Vigilância de Epidemiológica" no Brasil, prevê nos seus artigos 11 e 12 que o Ministério da Saúde é obrigado a realizar organização e vigilância epidemiológica, deverá também realizar a adequada notificação e condução da doença para poder controlar a epidemia.

²⁷Palácio do Planalto. *Lei nº 8.088 de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 de abril de 2020.

²⁸Palácio do Planalto. *Lei nº 6.259 de 1975*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em: 20 de abril de 2020.

O Regulamento Sanitário Internacional de 2005 da OMS, foi incluído no regimento interno brasileiro pelo Decreto Legislativo 395 de 2009²⁹ e prevê no seu artigo 2º que, "o propósito e a abrangência do presente Regulamento são prevenir, proteger, controlar e dar uma resposta de saúde pública contra a propagação internacional de doenças, de maneiras proporcionais e restritas aos riscos para a saúde pública, e que evitem interferências desnecessárias com o tráfego e o comércio internacionais." O seu artigo 3º prevê quatro princípios e, dentre eles, o primeiro diz que "a implementação deste Regulamento será feita com pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas".

No dia 29 de janeiro de 2020 foi feito pela Organização Mundial da Saúde³⁰ (OMS) o alerta sobre a Covid-19 em caráter emergencial de saúde pública internacional. E isso significou dizer que a recomendação (em caráter temporário) era de examinar cargas "relativas a pessoas, bagagens, cargas, contêineres, meios de transporte, mercadorias e encomendas postais", como prevê o artigo 18 do Decreto Legislativo 395 de 2009. Esse artigo ainda dispõe que deverá "colocar pessoas suspeitas sob observação de saúde pública; implementar quarentena ou outras medidas de saúde pública para pessoas suspeitas; implementar isolamento e tratamento de pessoas afetadas, quando necessário; implementar busca de contatos de pessoas afetadas ou suspeitas; recusar a entrada de pessoas afetadas ou suspeitas no país; recusar a entrada de pessoas não afetadas em áreas afetadas; implementar triagem e/ou restrições de saída para pessoas vindas de áreas afetadas (...).

Com esse entendimento foi promulgada a lei nº 13.979 de 2020³¹ que "dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional, decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019" e permite no seu artigo 2º, incisos I e II a realização de "isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus" e "quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus", também há previsão de isolamento e quarentena no seu artigo 3º, sob sanções penais, uma vez que o governo brasileiro baixou a Portaria

²⁹Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo nº 395 de 2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-publicacaooriginal-114307-pl.html>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

³⁰OPAS Brasil. *Folha informativo – Covid19*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 20 de abril de 2020.

³¹Palácio do Planalto. *Lei nº 13.979 de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 20 de abril de 2020.

Ministerial nº 5³² que determina que "o descumprimento das medidas impostas pelos órgãos públicos com o escopo de evitar a disseminação do coronavírus (COVID-19) podem inserir o agente na prática dos crimes previstos nos artigos 268 e 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940" ou seja, os crimes do Código Penal brasileiro.

A lei 13.979 de 2020, publicada em Diário Oficial no dia 06 de fevereiro de 2020, caminharam conjuntamente com as medidas internacionais da OMS para o combate a pandemia, que priorizou a saúde. Na lei, no seu artigo 1º, "dispõe sobre as medidas que *poderão* ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019".

Ocorre que, no dia 20 de março de 2020, o Governo Federal editou a medida provisória nº 926, sobre o artigo 3º da lei, alterando as providências para o enfrentamento do combate a pandemia no que se referia a suspensão ou interdição de atividades econômicas, recomendando que fossem mantidas, no §8º desse artigo, apenas, as atividades essenciais (fornecendo uma lista exemplificativa – não taxativa - sobre as atividades essenciais).

Essa alteração (medida provisória nº 926) caminhou na contramão dos decretos estaduais, de alguns Estados, que passaram a adotar medidas restritivas (após a promulgação da lei 13.979) à locomoção interestaduais e intermunicipais de locomoção por rodovias, portos, aeroportos. Percebe-se que houve uma contradição no posicionamento do Poder Executivo, do dia 06 de fevereiro de 2020 que concordou com as medidas internacionais da OMS (priorizando a vida) e pouco mais de 1 mês depois, no dia 20 de março de 2020 tornando-as como, apenas, recomendações técnicas (priorizando a economia).

Com isso, houve uma ADI nº 6341, que provocou o STF para explicar sobre a medida provisória nº 926 de 2020. O Ministro Marco Aurélio acolheu parte do pedido de liminar dando competência aos Estados e Municípios e Distrito Federal para o combate à Covid-19. O Ministro explica que as alterações feitas na medida provisória não afastaram os atos praticados pelos demais entes federativos (artigo 23, inciso II da CRFB) "Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o presidente da República ao editar a Medida Provisória"³³.

Criou-se uma discussão, no Brasil, sobre o que poderia ser considerada atividade essencial, buscando balizar esse entendimento, no dia 20 de março o Presidente da República, por meio de

³²Diário Oficial da União. *Portaria Interministerial nº 5*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 20 de abril de 2020.

³³Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342 Distrito Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2020.

decreto, publicou a lei nº 10.282 de março de 2020 para regulamentar "a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais." Nota-se que o artigo 3º desta nova lei ampliou a polemica acerca do que era essencial ao prever "tais como" no seu final: "as medidas previstas na Lei nº 13.979, de 2020, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais a que se refere o § 1º. § 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, *tais como*".

Sabe-se que "o que é essencial" é uma discussão que divide opiniões ao redor do Brasil, uma vez que há incerteza sobre o que é, de fato, fundamental, e quais são os princípios fundamentais que sustentam a sociedade.

O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Constituição Federal, compreendeu que a *saúde* da sociedade prevalece no caso da pandemia da Covid-19, autorizando medidas excepcionais para que a sociedade sobreviva a essa crise do Sistema de Saúde mundial. Com a mesma compreensão respeito aos princípios fundamentais constitucionais, cita-se o entendimento de Konrad Hesse, que diz que "quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático"³⁴ e que "os princípios basilares da Lei Fundamental não podem ser alterados mediante revisão constitucional, conferindo preeminência ao princípio da Constituição jurídica sobre o postulado da soberania popular"³⁵.

3. O respeito ao princípio da supremacia do interesse público no combate a Covid-19 e os pensamentos reducionistas para o seu combate

As maiores discussões sobre as medidas de combate referem-se aos limites da intervenção do Estado nesta questão, em especial a liberdade de ir e vir, que está fundamentado em cláusula pétrea, XV da Constituição Federal. Vale lembrar, que nenhum direito é considerado absoluto e não se pode interpretar as normas na sua literalidade, além de que esta interpretação deve ser feita de maneira distinta entre o interesse coletivo e o interesse privado, pois é princípio básico do Estado de Direito a supremacia do interesse público sobre o privado.

³⁴HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. São Paulo: Editor Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 22.

³⁵HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. São Paulo: Editor Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 28.

Nota-se, como já exposto, que as orientações sobre o isolamento e a quarentena não foram criadas por medida provisória, decreto, ou, projeto de lei, no atual governo, mas sim ratificadas em 2009 no Brasil, 4 anos após o Regulamento Sanitário Internacional da OMS. Esse regulamento previa em 2005 medidas de isolamento e quarentena em casos de emergências sanitárias por pandemia.

A teoria do garantismo³⁶ penal, publicada em 1960 e elaborada pelo juiz italiano Luigi Ferrajoli, membro do movimento Magistratura Democrática, associação de juristas italianos com visão marxista, chegou ao Brasil cerca de dez anos após sua criação, pelas mãos de Amilton Bueno de Carvalho (juiz do Rio Grande do Sul)³⁷.

O seu livro, *Direito e Razão*, traz indiscutíveis dez axiomas, que são valores que amparam o Direito e Processo Penal: *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime); *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei); *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade); *nulla necessitas sine injuria* (não há lei penal sem ofensa ao bem jurídico); *nulla injuria sine actione* (não há ofensa ao bem jurídico sem ação); *nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa); *nulla culpa sine iudicio* (não há culpa sem processo); *Nullum iudicium sine accusatione* (não há processo sem acusação); *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova); *nulla probatio sine defensione* (não há produção de prova sem o contraditório)³⁸.

Ressalva-se que os axiomas organizados pelo Ferrajoli, são, de fato, considerados essenciais, condicionantes e legitimadores de uma punição, e, também, são regras presentes na Constituição da República Federativa do Brasil e legislações que versam sobre o Direito e o Processo Penal brasileiro. Vale frisar que não há questionamento ou dúvida sobre esses direitos e garantias elencados por Luigi Ferrajoli.

A discussão se faz presente nas suas lacunas (margens de interpretação), e muitos dos pensadores que seguem a teoria do garantismo do Ferrajoli no Brasil questionam medidas tomadas pelo Estado, em especial às referentes ao isolamento horizontal. É comum nesta linha de pensamento considerar conceitos como o de Aury Lopes Junior,³⁹ que considera que medidas preventivas (em

³⁶O garantismo de Luigi Ferrajoli é uma teoria jusfilosófica com raízes no iluminismo do séc. XVIII, três formas distintas, mas correlacionadas: como um modelo normativo de Direito, como uma teoria crítica do Direito, e como uma filosofia política. No Brasil há grande ênfase para a aplicação dessa teoria no Direito e Processo Penal, e eventualmente, agindo de modo reducionista para a consolidação da teoria nos outros ramos do Direito.

³⁷SALDANÃ, Jose Roberto Ruiz. *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli*. Universidad Carlos III de Madrid, Gatafe, 2011.

³⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

³⁹A *ética profissional impõe-se ao advogado em todas as circunstâncias e vicissitudes de sua vida profissional e pessoal que possam repercutir no conceito público e na dignidade da advocacia. Os deveres éticos consignados no Código não são recomendações de bom comportamento, mas normas jurídicas dotadas de obrigatoriedade que devem ser cumpridas com rigor, sob pena de cometimento de infração disciplinar punível com a sanção de censura (art. 36 do Estatuto) se outra mais grave não for aplicável. Portanto, as regras*

especial a prisão preventiva) são inconstitucionais, "*salvo para casos de vidência e bola de cristal*"⁴⁰. Esta linha de pensamento, uma exacerbação do direito histórico e constitucional às garantias mínimas do indivíduo em sociedade, não alicerça sua defesa na previsibilidade real do dano futuro e, no caso da pandemia, em probabilidades estudadas e comprovadas pela ciência e pela medicina.

O autor acima citado defende que "a gravidade do crime ou os antecedentes do acusado, não são suficientes para a manutenção/decretação da custódia cautelar. O contexto social e midiático promove a construção (imaginária) de cenário de valorização das condutas violentas, gerando, com isso, pressão externa na motivação (oculta) dos julgadores"⁴¹.

Ocorre que, em meio a pandemia da Covid-19 em 2020, o advogado citado acima, e autor defendeu que é favorável ao isolamento social em favor da prisão domiciliar do seu cliente, Eduardo Cunha (ex-presidente da Câmara dos Deputados), "Eduardo Cosentino da Cunha requer a revogação de sua prisão preventiva em virtude da pandemia do vírus COVID-19", em sentença a juíza concedeu *Habeas Corpus* motivando a sua decisão em face do risco de saúde gerado pela emergência sanitária⁴².

Compreende-se e respeita-se a liberdade de expressão e interpretação do advogado, questiona-se tampouco as suas crenças, ou posicionamentos políticos. Anota-se, apenas, a *forma* da linguagem utilizada, que alegou que as cautelares, apenas, são permitidas se houver futurologia comprovada e que magistrados "não são antropólogos ou sociólogos"^{43 44}.

Não é novidade que estes posicionamentos ideológicos potencializam uma desordem no mundo jurídico, principalmente na área do Direito e Processo Penal, para melhor exemplificar estes pensamentos reducionistas que giram em torno do garantismo penal de Ferrajoli, em meio a pandemia da Covid-19, cita-se o artigo publicado "da exceção agambeniana à *constituição planetária de Ferrajoli: desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais*"⁴⁵,

deontológicas são regras providas de força normativa; a lei (o Estatuto), o Regulamento Geral, o Código de Ética e Disciplina e os provimentos são suas fontes positivas, às quais se agregam, como fontes secundárias, a tradição, a interpretação jurisprudencial e administrativa, a doutrina, os costumes profissionais.

⁴⁰LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2019.

⁴¹LOPES JR. Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. Mais uma vez: *não confunda a função da prisão cautelar*. Maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>. Acesso em 27 de abril de 2020.

⁴²Justiça Federal – 13ª Vara Criminal. *Pedido de Preventiva nº 5052211-66.2016.4.04.7000/PR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/devido-coronavirus-juiza-concede-prisao.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2020.

⁴³LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

⁴⁴O Código de Ética dos Advogados do Conselho Federal da OAB, que prevê nos seus artigos 44, 45 e 46 do Capítulo IV (dever de urbanidade), disciplina o dever de respeito no trato com as pessoas, ou seja, o emprego da linguagem correta. Ressalva-se que o advogado deve respeitar a *todos*, e da mesma forma deve exigir que seja respeitado. *In: Conselho Federal da OAB. Código de Ética*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2020.

⁴⁵WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; MORAIS, José Luis Bolzan de. Da exceção agambeniana à constituição planetária de Ferrajoli: *desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas*

vale a pena repetir parte das palavras utilizadas no tema do artigo científico "constituição *planetária* de Ferrajoli". Nota-se aqui a necessidade de uniformizar uma teoria ao redor do mundo, e impor ela a todas as pessoas, como se fosse uma verdade absoluta.

Apenas para a compreensão do artigo citado acima sobre a "constituição *planetária* de Ferrajoli", a discussão se dá em torno de pensamentos extremistas: o artigo de Giorgio Agamber "o estado de exceção provocado por uma emergência imotivada", que afirma que a pandemia da Covid-19 se trata de um "plano maligno", em que as autoridades estatais e a mídia estão unidas para espalhar um "clima de pânico" para provocar um "estado de exceção" permanente.⁴⁶ Rechaçando este entendimento, encontra-se Slavoj Žižek, que escreveu o artigo "monitorar e punir? Sim, por favor!" concluiu que o posicionamento sobre o Estado de Exceção de Agamber é extremista, reconhecendo que a proliferação do pânico "não é uma maneira adequada de enfrentar uma ameaça real", ele admite que o retorno do regime comunista é a única alternativa viável para conter o vírus⁴⁷.

Vale lembrar os ensinamentos de Cesare Beccaria, aos que buscam limitar a mínima intervenção do Estado, principalmente no combate a uma pandemia, na sua obra *Dos Delitos e das Penas*, que disse que "as leis foram as condições que agruparam os homens, no início independente e isolados, à superfície da terra. Fadigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo"⁴⁸. Para Beccaria, o Estado tem o dever de proteger o seu povo e isso não significa que ele poderá usurpar esse poder-dever que foi a ele concedido, "as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza"⁴⁹.

tradicionais. Universidade Federal de Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43057>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

⁴⁶AGAMBEN, Giorgio. *Lo Stato d'eccezione provocato da un'emergenza immotivata*. Il Manifesto. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/lo-stato-deccezione-provocato-da-un'emergenza-immotivata/> Acesso em: 23 de abril de 2020.

⁴⁷ZIZEK, Slavoj. *Monitor and Punish? Yes, Please*. Los Angeles: The Philosophical Salon. Disponível em: <https://thephilosophicalsalon.com/monitor-and-punish-yes-please/> Acesso em: 23 de abril de 2020.

⁴⁸BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martim Claret, 2002, p. 18-19.

⁴⁹BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martim Claret, 2002, p. 20.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões explanadas neste artigo ilustram as discussões desencadeadas pelas medidas para o combate a pandemia da Covid-19 no Brasil sobre os princípios fundamentais que sustentam a sociedade (*vida versus economia*).

Evidentemente os efeitos na estrutura e organização da sociedade são opostos às idealistas, por tratar de discussões políticas ideológicas. Apenas para exemplificar, a *sociedade sem classe*, de Marx, afirmava: identificar as razões da opressão e ao mesmo tempo os caminhos da igualdade e liberdade; alegava, ao mesmo tempo, uma análise aprofundada do capitalismo e a utopia da sociedade comunista. Essas afirmações controversas serviram como argumentos políticos extremistas e, sabe-se que produziu efeitos diversos da igualdade social prevista por ele.

Notamos que história clama que alguns pensadores produziram, também, as mais acentuadas discriminações, em nome de ideias de igualdade, justiça e progresso social.

A questão primordial é o respeito aos vínculos sociais e aos limites constitucionais que amparam a sociedade brasileira. Esse respeito foi muito bem compensado pela teoria de Freios e Contrapesos, de Montesquieu, (*Check and Balance*) que é o sistema de controle do poder pelo próprio poder, dando autonomia para cada um deles exercer as suas funções, com ética e respeito.

Os direitos e garantias da teoria de Luigi Ferrajoli possuem uma base principiológica adequada aos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ocorre que, algumas doutrinas sustentam, em nome do garantismo, ideologias. Não nos parece adequado utilizar a ironia para sustentar um posicionamento único e "planetário", como se houvesse uma verdade absoluta.

As medidas cautelares (em especial a prisão preventiva) possuem bases principiológicas fundamentais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil.

Notamos que o entendimento do Supremo Tribunal Federal varia de acordo com a necessidade do coletivo, assim como algumas normas, e para lacrar esse entendimento (de que não há verdade absoluta) percebemos que, inclusive, doutrinadores variam os seus posicionamentos diante de uma pandemia.

Não estamos fazendo críticas positivas ou negativas sobre a decisão de conceder o *Habeas Corpus* ao ex-presidente da Câmara, uma vez que a juíza da causa compreendeu que havia a necessidade de proteger a vida diante de uma pandemia, porém essa, também, não é uma verdade absoluta, pois há alguns casos que se deve preservar a vida do coletivo. Esse entendimento caminha na esteira do Supremo Tribunal Federal e da Constituição Federal que interpretou que não se pode julgar de forma genérica, ou seja, os casos devem ser analisados e julgados isoladamente.

É incontestável que há uma influência no Direito por discursos extremistas, porém o Poder Judiciário deve, obrigatoriamente, responder à Constituição da República e à legislação (em ordem hierárquica). Apenas dessa forma, preservando a autonomia e a imparcialidade do agente público, conseguiremos alcançar o equilíbrio institucional necessário entre os Poderes e a sociedade.

A República vive um dilema, a sociedade clama pela normalidade institucional, mas não sabe filtrar, na enxurrada de informações que recebe todos os dias, o que lhe interessa. A crise sanitária internacional, da Covid-19, instalada pode ser um “tapa na cara” de muitos, para compreender a necessidade de respeitar a história. E ninguém mais do que a *história* nos afirma que, até o momento, *nada* foi absoluto (tampouco afirmam isso os próprios astrólogos e sociólogos) e deve-se respeitar as necessidades sociais enraizadas nos princípios básicos da Constituição da República Federativa do Brasil.

A crise do Sistema de Saúde do combate a Covid-19, mundial, apenas demonstrou que a sociedade necessita do Estado para sobreviver e a recíproca é verdadeira. Pode ser que isso se altere, no Brasil, daqui há um tempo? Claro! Mas, atualmente, o equilíbrio da sociedade está regido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Lo Stato deccezione provocato da un'emergenza immotivata*. Il Manifesto. 20 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://ilmanifesto.it/lo-stato-deccezione-provocato-da-un'emergenza-immotivata/> Acesso em: 23 de abril de 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

BAPTISTA, João Cristóvão. *Barack Obama antecipou uma pandemia semelhante à Covid-19?* New in Town, 19/04/20. Disponível em: <https://nit.pt/fit/saude/barack-obama-antecipou-pandemia-semelhante-covid-19> acesso em: 19 de abril de 2020.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000. British Library. *Magna carta 1215*. Disponível em: <https://www.bl.uk/learning/timeline/item95692.html> acesso em: 19 de abril de 2020.

Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo nº 395 de 2009*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2009/decretolegislativo-395-9-julho-2009-589324-publicacaooriginal-114307-pl.html> acesso em: 20 de abril de 2020.

Conselho Federal da OAB. *Código de Ética*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/legislacaoab/codigodeetica.pdf> acesso em: 27 de abril de 2020.

Diário Oficial da União. *Portaria Interministerial nº 5*. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549> acesso em: 20 de abril de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FULLER, Lon L. *O Caso dos Exploradores de Caverna*. São Paulo: Editora Emediato, 2018.

GEORGIEVA, Kristalina; GHEBREYESUS, Tedros A. *Alguns dizem que é preciso escolher: salvar vidas ou salvar empregos – este é um falso dilema*. Publicado em 03 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/04/03/vs-some-say-there-is-a-trade-off-save-lives-or-save-jobs-this-is-a-false-dilemma> acesso em: 22 de abril de 2020.

GONÇALVES, Rubén Miranda. “La dignidad de la persona humana. Breve estudio comparado desde el derecho público”, *A dignidade da pessoa humana: entre a representatividade do significado jurídico e a efetividade no mundo da existência*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. São Paulo: Editor Sergio Antônio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã – ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2009.

LIPSITCH, Marc; PHIL, D; SWERDLOW, L. David; FINELLI, Lyn. *Defining the Epidemiology of Covid-19 – Studies Needed*. The New England Journal of Medicine. Disponível em: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMp2002125> acesso em: 22 de abril de 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

_____. *Direito Processual Penal*. 16ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2019.

LOPES JR. Aury; DA ROSA, Alexandre Moraes. *Mais uma vez: não confunda a função da prisão cautelar*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-24/limite-penal-vez-nao-confunda-funcao-prisao-cautelar>. Acesso em 27 de abril de 2020.

MARTINS, Sergio Martins. *Instituições de Direito Público e Privado*. São Paulo: Editora Atlas, 3ª ed, 2002, p. 33.

Justiça Federal – 13ª Vara Criminal. *Pedido de Preventiva nº 5052211-66.2016.4.04.7000/PR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/devido-coronavirus-juiza-concede-prisao.pdf> acesso em: 27 de abril de 2020.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

Ministério da Saúde. *O que é coronavírus? (COVID-19)* Ministério da Saúde. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br>. Acesso em: 02 de abril de 2020.

MIRANDA GONÇALVES, R. “La protección de la dignidad de la persona humana en el contexto de la pandemia del Covid-19”, *Covid-19: Ambiente e Tecnología*, Ed. Univali, 2020 pp: 467-485.

MIRANDA GONÇAÇALVES, R. “25. La protección de la dignidad de la persona humana en el

contexto de la pandemia del Covid-19”, *Revista Justiça do Direito*, v. 34, n. 2 (2020), pp. 148-172.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

Nações Unidas Brasil. *Brasil confirma o seu primeiro caso de infecção pelo novo coronavírus*.

Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-confirma-primeiro-caso-de-infeccao-pelo-novo-coronavirus/> Acesso em: 22 de abril de 2020.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 de abril de 2020.

_____. Artigo: *todos unidos contra uma pandemia sem precedentes*. Disponível em:

<https://nacoesunidas.org/artigo-todos-na-luta-contra-uma-pandemia-sem-precedentes/> Acesso em: 22 de abril de 2020.

_____. Região do Golfo tem primeiro caso coronavírus; *China registra mais de 6 mil*. 30 de

janeiro de 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/regiao-do-golfo-tem-primeiro-caso-de-coronavirus-china-registra-mais-de-6-mil/> Acesso em: 02 de abril de 2020.

OPA Brasil. *Folha informativo – Covid19*. Disponível em:

https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 20 de abril de 2020.

Palácio do Planalto. *Lei nº 6.259 de 1975*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6259.htm. Acesso em: 20 de abril de 2020.

_____. *Lei nº 8.088 de 1990*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 de abril de 2020.

_____. *Lei nº 13.979 de 2020*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 20 de abril de 2020.

_____. *Medidas Provisórias anteriores à Emenda Constitucional nº 32*. Disponível em:

<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias/2019-a-2022>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

Revista Exame. *Eduardo cunha chega a prisão domiciliar devido ao Coronavírus*. 23 de janeiro de

2020 Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/eduardo-cunha-segue-para-prisao-domiciliar-devido-coronavirus/> acesso em: 26 de abril de 2020.

ROUSSEAU, Jean-Facques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Editora Martim Claret, 2013.

Senado Federal. Constituição Federal – *Preâmbulo*. Disponível em:

<https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/preambulo.asp>. Acesso em: 19 de abril de 2020.

SALDAÑA, Jose Roberto Ruiz. *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli*. Universidad Carlos III de Madrid, Gatafe, 2011.

Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.342 Distrito*

Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2020.

_____. *ADPF nº 153*. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; MORAIS, José Luis Bolzan de. Da exceção agambeniana à constituição planetária de Ferrajoli: *desafios impostos pela pandemia do novo coronavírus às categorias jurídico-políticas tradicionais*. Universidade Federal de Santa Maria: Revista Eletrônica do Curso de Direito. Jan/abr 2020. Disponível em:

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/43057>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro V.1*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2007.

ZIZEK, Slavoj. *Monitor and Punish? Yes, Please*. Los Angeles: The Philosophical Salon. 16 de março de 2020. Disponível em: <https://thephilosophicalsalon.com/monitor-and-punish-yes-please/> Acesso em: 23 de abril de 2020.

Trabalho enviado em 29 de junho de 2019

Aceito em 14 de janeiro de 2021